

De notaris is van ons allemaal

Prof. dr. Alain Laurent VERBEKE

Gewoon hoogleraar KU Leuven

Advocaat

Codirecteur Leuven Centrum voor Notariaat

De gevierde notaris André MICHIELENS is een notaris in hart en nieren. Hij ademt notaris in en uit. Mensen van zijn allure zijn voor het notariaat van groot belang. Het notariële beroep is immers geen evidentie. Er zijn talrijke landen waar men prima functioneert zonder notarissen. In ons land kent het notariaat een lange en stevige traditie. André past daar mooi in. Willen we deze traditie in ere houden, dan moeten we erover waken dat de essentiële waarden van het notariaat niet alleen worden bewaakt maar zelfs worden versterkt.

I. HET RECHT, OM MENSEN TE HELPEN

1. Alle juristen zijn begaan met mensen. Wij zijn allen dienaren van het gerecht. Wij maken het rechtssysteem, haar theoretische principes en concepten, haar vele regels en procedures, in de praktijk operationeel en werkbaar. Daarbij mogen we het recht zelf niet als de ultieme finaliteit laten primeren. Het recht is een dienstbaar middel, een instrument om het samenleven tussen een enorme diversiteit van mensen op een ordentelijke manier te laten verlopen.¹

2. Dat is geen sinecure in een steeds meer individualistische en agressieve maatschappij. En toch blijft het recht haar enorme potentieel bewaren en vaak ook waarmaken om goed te doen, om de verhoudingen tussen mensen zoveel mogelijk op een redelijke en billijke manier te regelen. Alle juristen kunnen en moeten hieraan meewerken. Wij allen dragen een verantwoordelijkheid om, elke dag, onze capaciteiten en macht als jurist en als kenner van het systeem ten goede aan te wenden. Om mensen te helpen bij conflicten en misverstanden.

3. Niet door het conflict aan te zwengelen en te laten escaleren. Maar door een probleem-oplossende benadering, waarbij wij onze cliënten helpen in te zien dat een duurzame minnelijke oplossing het best hun belangen dient.² Alle juristen, ook advocaten, kunnen op die manier de maatschappij een beetje verbeteren.

1. Zie bv. mijn openingsrede voor de balies van Leuven en Ieper: A. VERBEKE, "Recht is Balans is een Werkwoord", *RW* 2000-2001, p. 969-978.

2. A.L. VERBEKE, "Leer advocaten probleem-oplossend onderhandelen", *Nederlands Tijdschrift Conflictantering* 2014, nr. 5, p. 35-38.

II. DE NOTARIS, TEN DIENSTE VAN DE SAMENLEVING

4. Deze missie om als kenner van het recht goed te doen en mensen te helpen, komt heel bijzonder tot uiting in het notariële beroep. Nog meer dan andere juridische beroepen is het notariaat geconcipieerd als een functie in dienst van de mensen en de samenleving.

5. In tegenstelling tot andere juridische adviseurs heeft de notaris een principiële ambtsplicht.³ Elke burger moet bij de notaris terecht kunnen. De notaris is immers geen gewone vrije beroeper maar als openbaar ambtenaar bekleed met overheidsgezag. De wetgever heeft inderdaad aan de notaris een vertrouwensopdracht toegekend⁴ om erop toe te zien dat burgers bij belangrijke juridische handelingen en transacties met kennis van zaken handelen, de nodige en de juiste informatie krijgen, de draagwijdte daarvan begrijpen en worden beschermd tegen onkunde, onbegrip, manipulatie en bedrog.

6. Die notariële taak is aldus rechtstreeks gefundeerd op het vertrouwen van de burgers⁵ en de bijzondere opdracht die de wetgever in aansluiting op dit vertrouwen aan de notaris heeft gedelegeerd. Zo bekeken, zou men kunnen stellen *dat de notaris geen individuele cliënten heeft*. Haar cliënt is eigenlijk de totaliteit der burgers die een vertrouwensopdracht aan het notariële beroep geven. *De cliënt is daarom de samenleving zelf*, die er kan op rekenen dat al haar leden, alle burgers, voor talrijke belangrijke zaken bij de notaris terecht kunnen en soms zelfs moeten, vanuit een beschermingsperspectief.

III. DE NOTARIS, EEN ONPARTIJDIGE DESKUNDIGE

7. Als de maatschappij in haar geheel de cliënt is van de notaris, dan kan de notaris niet één individuele burger prefereren boven een andere burger. Dat verklaart niet enkel de al vermelde ambtsplicht van de notaris, maar ook de

3. Artikel 3 Ventôsewet en artikel 3 Deontologische Code Nationale Kamer van Notarissen, KB 21 september 2005, gewijzigd door de algemene vergadering van 22 april 2008 (hierna: Deontologische Code).

4. Toelichting nr. 2 bij artikel 2 Deontologische Code.

5. Artikel 2 Deontologische Code.

nog veel belangrijker essentiële onpartijdigheid van het notariële ambt.⁶ Daar wordt nadrukkelijk naar verwezen op de website van de KFBN, notaris.be:

“De notaris is een bijzondere raadgever, in die zin dat hij niet eenzijdig partijdig (de traditionele rol van de advocaat) of bovenpartijdig (zoals een rechter) is. Hij dient de belangen van alle partijen en zal hen dan ook wijzen op tegenstrijdige belangen en onevenwichtige afspraken. Als onafhankelijk openbaar ambtenaar zal de notaris zijn cliënten trouwens ook wijzen op elementen die zij misschien liever zouden negeren. Soms moet hij rechtsconsumenten tegen zichzelf beschermen. Hij wijst meteen af wat (wettelijk) niet kan en geeft mogelijke oplossingen aan. Het is zijn plicht om zijn cliënt op de juridische, financiële en fiscale gevolgen van zijn beslissingen te wijzen.”

8. Terecht wordt het onderscheid gemaakt met de onpartijdigheid van de rechter (aangeduid als boven-partijdigheid). De rechter is immers een finale beslisser bij onenigheid tussen partijen; zij staat in die zin boven de partijen dat zij met een finaal oordeel zal beslissen wat er moet gebeuren, ongeacht de persoon van de partijen. Daarom is de rechter uiteraard onpartijdig. Zij heeft geen subjectieve voorkeur voor de ene of de andere partij maar probeert op basis van het recht een redelijk en billijk oordeel te vellen. De notariële rol staat, omwille van de onpartijdigheid, dan ook veel dichter bij de rol van een rechter dan bij de partijdige rol van de advocaat.

9. Net zoals een rechter, kan ook de notaris de ene partij niet boven de andere partij verkiezen, op subjectieve gronden. Alle betrokken partijen zijn immers haar cliënten, als leden van een maatschappij die als geheel haar cliënt is, en die aan de notaris een belangrijke adviserende en beschermende opdracht heeft toevertrouwd. Net zoals een rechter, moet de notaris met een neutrale blik naar de zaak kijken en de belangen van alle partijen in rekening brengen. Net zoals een rechter, moet ook de notaris boven individuele voorkeuren en gevoeligheden staan en in alle redelijkheid en billijkheid oordelen welke oplossing fair is, rekening houdend met de belangen en juridische argumenten van alle betrokkenen.

10. Het is dan ook niet verwonderlijk en volledig terecht dat de notaris in procedures van vereffening-verdeling wordt beschouwd als de eerste rechter. Deze ‘willige’ rechtsmacht is als het ware inherent verbonden aan het notariële beroep.

6. Artikel 9, § 1, derde lid Ventôsewet en artikel 12 Deontologische Code.

IV. DE VERREGAANDE NOTARIËLE INFORMATIE- EN RAADGEVINGSPLICHT

11. Niet een enkele partij, maar *de ganse maatschappij is de cliënt van de notaris*. Daaruit volgt een eis van *neutraliteit en onpartijdigheid die cruciaal is* om het ambt en het monopolie van notarissen te verantwoorden. De notaris "treedt op als neutraal derde vertrouwenspersoon tussen de partijen".⁷

12. Zodra een notaris zich meer richt naar één partij dan een andere, ver-raadt zij in essentie de opdracht die de samenleving haar heeft toevertrouwd. De maatschappij heeft de notaris immers gevraagd om erop toe te zien dat al haar leden een zelfde faire bescherming krijgen, dat zij allen de nodige informatie krijgen en een gelijke behandeling op juridisch vlak.

13. Daarom is ook de informatieplicht van de notaris, de fameuze *Belehrungspflicht*, zo bijzonder, en een stuk verdergaand dan de informatieplicht van andere professionals ten aanzien van hun cliënt. Waar anderen, zoals advocaten, zich in principe enkel moeten verantwoorden ten aanzien van hun specifieke cliënt, moet de notaris zich in se verantwoorden ten aanzien van de hele samenleving als cliënt.

14. Artikel 9, § 1 van de Ventôsewet verplicht de notaris daarom om alle partijen erover te informeren wanneer zij tegenstrijdige belangen of de aanwezigheid van onevenwichtige bedingen vaststelt. Ook moet zij elke partij altijd volledig inlichten over de rechten, verplichtingen en lasten die uit de betrokken rechtshandelingen voortvloeien.

15. Dit heeft verregaande gevolgen. De onpartijdigheid en daaruitvolgende verstrekende informatieplicht beperkt zich niet tot situaties waar meerdere partijen zich tot de notaris wenden. Ook als een enkele partij, los van enig conflict, de notaris contacteert voor advies, dan zal de notaris in haar advies toch ook altijd rekening moeten houden met de belangen van alle mogelijke andere partijen die bij de kwestie zouden kunnen betrokken zijn of in de toekomst betrokken worden.

7. Artikel 2.5, eerste lid van de herziene Europese Code van Notariële Deontologie, goedgekeurd door de Algemene Vergadering van de CNUE op 11 december 2009.

16. De notaris mag geen advies geven waarbij rechtmatige belangen van andere partijen, zelfs als deze nog niet in de zaak zouden zijn, zouden worden miskend. Zo kan de notaris bij de voorbereiding van een verkoopproject, ook als er nog geen concrete kopers zijn, aan de verkoper geen advies geven dat de belangen van potentiële kopers op onevenwichtige wijze zou schenden. Hetzelfde voor een advies aan een bestuurder of een aandeelhouder van een vennootschap. Of aan de pater familias die een van zijn kinderen zou willen onterven. Of aan de man die een echtscheiding wil voorbereiden.

17. Bij elke advisering zal de notaris de belangen van alle mogelijke andere betrokkenen in rekening brengen, en daarin naar een fair evenwicht streven. En zodra een dergelijke betrokkene zich concreet zou aandienen in de zaak, wordt krachtens artikel 9 van de Ventôsewet de informatie- en raadgevingsplicht ten aanzien van die betrokkene, omwille van de notariële onpartijdigheid, automatisch ook uitgebreid naar die persoon.

V. EEN NOTARIS KAN WEL WORDEN GEKOZEN DOOR ÉÉN PARTIJ MAAR KAN NIET OPTREDEN VOOR ÉÉN ENKELE PARTIJ

18. Een en ander wordt gecompliceerd doordat de burger de vrijheid krijgt om te rade te gaan bij de notaris van haar keuze.⁸ Maar ook als elke partij een andere notaris kiest, blijft de plicht van onpartijdigheid gelden⁹, voor elke gekozen notaris ten aanzien van elke betrokken partij. Hetzelfde geldt voor de informatie- en raadgevingsplicht die uiteraard geldt ten aanzien van alle partijen (zie nr. 4) en dus ook ten aanzien van de partij die een andere notaris heeft gekozen.¹⁰

19. Nochtans laat een passage in de toelichting bij de Deontologische Code wel toe dat de notaris bijzondere aandacht zou schenken aan de partij die haar gekozen heeft, "en meer in het bijzonder haar standpunt te vertalen (indien dit gegrond voorkomt), rekening houdend met het feit dat de door de andere partij

8. Artikel 9, § 1, eerste lid Ventôsewet.

9. Artikel 12, tweede lid Deontologische Code.

10. Eerste alinea van toelichting nr. 2 bij artikel 12 Deontologische Code.

gekozen notaris hetzelfde zal doen wat hem betreft¹¹. Deze visie valt te betreuren. Hiermee creëert het notariaat zelf een flinterdunne grens met partijdigheid en optreden voor één partij als eigen cliënt. Het notariaat moet er alles aan doen om de existentiële onpartijdigheid van het ambt te bewaken en zelfs te versterken.

20. Het lijkt mij daarom noodzakelijk dat dit aspect van de toelichting bij artikel 12 Deontologische Code zou worden herzien. *De notaris mag absoluut geen bijzondere aandacht schenken aan het standpunt van de partij die haar gekozen heeft.* Elke gekozen notaris moet haar opdracht vervullen ten aanzien van elk van de betrokken partijen, of die haar nu gekozen heeft of niet, op exact dezelfde manier: in alle neutraliteit en onpartijdigheid. Het maakt immers geen verschil wie van de partijen haar heeft gekozen.

21. *Het is niet die partij die haar cliënt is, maar alle betrokken partijen, en bij monde van die partijen de maatschappij in haar geheel.* Als er twee of meer partijen zijn die aldus twee of meer notarissen aanduiden, dan worden deze notarissen samen belast met de vertrouwensopdracht die de maatschappij aan het notariaat geeft, en moeten zij gezamenlijk hun taak vervullen, op dezelfde manier ten aanzien van de beide of meerdere betrokken partijen, zonder op enige wijze rekening te houden met wie van die partijen haar als notaris heeft gekozen.

22. Dat een dergelijke herziening noodzakelijk is, blijkt ook uit de praktijk. Met spijt moeten we immers vaststellen dat de huidige toelichting aanleiding geeft tot misbruik. Het komt te vaak voor dat een notaris zich gedraagt als de notaris van de partij die haar heeft gekozen, en dan ook die partij als haar cliënt behandelt. Notarissen die bij verkoopakten of bij vereffening-verdelingen, met twee optreden en daarbij een rol assumeren als eerder notaris voor partij A of partij B, miskennen de essentie van hun beroep en stappen uit de notariële rol. Als een notaris immers een partij boven een andere partij als haar cliënt behandelt, laat zij de hele samenleving als cliënt vallen en daarmee ook het fundament waarop haar beroep is gegrondvest. Dan is de notaris geen notaris meer, maar hoogstens nog een partijadviseur.

23. Als advocaat wil ik uiteraard geen enkel bezwaar formuleren tegen juristen die advies geven aan één enkele partij. Maar een dergelijke jurist kan geen

11. Tweede alinea van toelichting nr. 2 bij artikel 12 Deontologische Code.

notaris zijn, net zoals zij geen rechter kan zijn. Van rechters zouden we niet aanvaarden dat zij in een zaak met twee optreden waarbij rechter A over partij A zou spreken als haar cliënt en rechter B op die manier over partij B. Van notarissen kunnen we dit evenmin aanvaarden.

VI. NOTARIS, NU EENS WEL EN DAN WEER NIET?

24. Zou men dan de keuze kunnen maken om als notaris nu eens de maatschappij als cliënt te nemen, en onpartijdig te zijn, en dan weer eens één enkel individu als cliënt te nemen en dan op te treden als een partijdige adviseur? Men zou aldus van twee walletjes kunnen eten.

25. Laten we ons vooreerst afvragen of we dit van een rechter zouden aanvaarden. Vinden we het kies dat een rechter naast de zaken die zij als rechter behandelt (onpartijdig), er ook nog een adviespraktijk op na houdt waar zij partijdig advies geeft aan specifieke cliënten? Noch van de zittende noch van de staande magistratuur aanvaarden we dit. En terecht. Als samenleving willen we garanties dat zij die onpartijdig over ons zullen oordelen, niet worden blootgesteld aan belangenconflicten. We willen dat zij voluit gaan voor hun taak en missie als onpartijdige rechter. Dat is trouwens ook de reden waarom ik met klem protesteer tegen de zeer onkiese gewoonte om advocaten te benoemen als plaatsvervangende vrederechters of raadsheren in een ressort waarbinnen zij zelf hun beroep als advocaat uitoefenen. Het is al een zeer delicate kwestie dat een praktiserende advocaat aan de andere kant van de 'bench' gaat zitten. Laat staan dat men dit doet in een rechtsgebied waarin men als het ware dagelijks van plaats zou kunnen wisselen. Overigens lijkt het mij ook beter om een dergelijke regel van kiesheid ook toe te passen voor notarissen die optreden als plaatsvervangende rechters. Ook al komt de notariële functie dicht bij het rechterlijke ambt, het blijven twee verschillende rollen die we best niet of minstens zo min mogelijk met elkaar vermengen. Van notarissen durf ik derhalve verwachten dat zij spontaan geen opdracht als plaatsvervangende rechter aanvaarden in de provincie waarin zij hun notariële standplaats houden.

26. Van magistraten aanvaarden we bijgevolg niet dat ze naast hun openbare ambt ook nog partijadviseur zouden kunnen zijn. De vraag rijst dan of dit voor notarissen anders is? Er is in elk geval een belangrijk verschil. Hoewel ten dele net als een rechter een openbare ambtenaar, oefent de notaris tegelijk ook

een vrij beroep uit. Als het mogelijk is om het aspect openbare ambtenaar los te koppelen van het vrij beroep, dan is het misschien denkbaar dat een notaris naast haar ambt van notaris (openbare ambtenaar én vrij beroep) ook een functie als partij-adviseur (enkel vrij beroep) zou kunnen opnemen. In die rol zou de notaris dan niet als notaris optreden. De rol van partij-adviseur staat immers volledig buiten het notariaat. In een dergelijk geval zou de notaris zich in die partijdige rol op geen enkele wijze als notaris mogen identificeren of voorstellen. Meer nog, zij zou zich dan nadrukkelijk moeten presenteren als 'niet-notaris', teneinde alle verwarring te voorkomen en niet de valse indruk te wekken dat de kenmerken van het notariële ambt aanwezig zouden zijn bij het partijdige adviseren.

27. Het is natuurlijk maar zeer de vraag of het mogelijk is om zomaar de identiteit als openbare ambtenaar los te koppelen van de vrijberoepdimensie. Zo is bijvoorbeeld bepaald dat notarissen die als bemiddelaar optreden, gegrepen blijven door de notariële deontologische principes van de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid: "De notariële bemiddelaar blijft onderworpen aan de plicht om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid, die onlosmakelijk verbonden zijn met zijn ambt, in alle vormen te waarborgen."¹² De functie van bemiddelaar ligt overigens ten dele in lijn met de notariële functie, omdat hier ook de onpartijdigheid, onder de vorm van meerzijdige partijdigheid¹³, tot de essentie van de job behoort.

28. Men stelt derhalve dat de plichten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid onlosmakelijk verbonden zijn met het ambt. Dit lijkt te impliceren dat men niet los kan komen van het ambt. Iemand die notaris is, draagt de verplichtingen en de waardigheid van dat ambt overal met zich mee, wat zij ook moge doen. In principe geldt dit niet voor haar privéleven. Toch bepaalt de toelichting bij artikel 2 van de Deontologische Code dat de notaris zelfs in

haar privéleven onderworpen kan zijn aan de notariële deontologie: "Wanneer de notaris in zijn privé-leven een gedrag aanneemt dat klaarblijkelijk afbreuk doet aan hetgeen de maatschappelijke orde aanvaardt, en daarbij zijn hoedanigheid van notaris sterk benadrukt of laat blijken, dan pleegt hij een inbreuk op de notariële deontologie."¹⁴ Privégebeurtenissen waaruit de notariële functie niet blijkt of tot uiting komt, vallen buiten de notariële deontologie.

29. Professioneel lijkt het niet mogelijk te zijn voor een notaris om haar notariële deontologie van zich af te schudden. Dit lijkt mij een terecht principe. Ook al is de notaris ook een vrij beroeper, toch is de dimensie als openbare ambtenaar zo existentieel en essentieel dat men die niet zomaar aan de kant kan schuiven. De delegatie van een belangrijke vertrouwensopdracht die de wetgever en de samenleving aan de notaris verlenen, vereist een volledige 'commitment'. Net zoals we dat van een rechter mogen verwachten.

30. Daarom is het m.i. niet mogelijk om de functie van notaris te combineren met de functie van een partijadviseur. Men kan niet 'een beetje' notaris zijn. De sterke vereiste van onpartijdigheid verdraagt geen 'flou artistique' of onduidelijkheid. De ambtenaar die de notariële taken op zich neemt, moet de onpartijdigheid in al haar beroepsactiviteiten waarmaken. Zij kan geen 'carve out' vragen om in bepaalde gevallen toch partijdig op te treden.

31. Al bij al is dit een geruststellende conclusie. De cliënt van de notaris is heel de maatschappij. Wij mogen erop vertrouwen dat een notaris in alle omstandigheden onpartijdig is.

De notaris is immers van ons allemaal.

12. Artikel 5, 1, eerste lid Deontologische Code inzake notariële bemiddeling, Nationale Kamer van Notarissen, aangenomen door de algemene vergadering op 7 oktober 2003 – Gewijzigd door de algemene vergadering op 24 oktober 2006.

13. De bemiddelaar is partijdig in die zin dat zij verbonden is niet met één enkele partij maar met elk van de partijen tegelijk. Meerzijdige partijdigheid is een betrokkenheid bij elk van de partijen. De bemiddelaar wil elk van de partijen helpen en begrijpen zodat zij samen tot een oplossing kunnen komen die rekening houdt met de belangen van alle betrokkenen. Zie onder meer A. VERBEKE, "Mediation. Faciliteren van onderhandelingen", in *Reflectie op mediation*, Antwerpen, Maklu, 2009, p. 27-46.

14. Toelichting nr. 3 bij artikel 2 Deontologische Code.